

Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali

Nota a Corte cost., 17 giugno 2013 (dep. 20 giugno 2013), n. 143, Pres. Gallo, Rel. Frigo

SOMMARIO

1. PREMessa. – 2. LA “LABILITÀ” DEL PARAMETRO E LA “DIGNITÀ COSTITUZIONALE” DEL DIRITTO DEL DETENUTO DI CONFERIRE CON IL DIFENSORE. – 3. I LIMITI DI TOLLERABILITÀ COSTITUZIONALE DELLE RESTRIZIONI AI COLLOQUI DIFENSIVI. LE PRECEDENTI PRONUNCE DELLA CORTE. – 4. I NEOINTRODOTTI LIMITI “QUANTITATIVI” AL DIRITTO AI COLLOQUI COI DIFENSORI DEI DETENUTI IN REGIME DI “CARCERE DURO”. – 5. LA DECISIONE DELLA CORTE: L’ESCLUSIONE DI SOLUZIONI “SALVIFICHE” A CARATTERE INTERPRETATIVO. – 6. L’IDONEITÀ DELLE RESTRIZIONI A PENALIZZARE IL DIRITTO DI DIFESA. – 7. L’IMPIEGO DELLE NORME DELLA CEDU (E DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO) COME CANONE INTERPRETATIVO DELLA COSTITUZIONE. – 8. LE “COORDINATE” DEL GIUDIZIO DI “BILANCIAMENTO”.

1 PREMESSA

Dopo che una precedente sollecitazione in tal senso era rimasta senza eco per ragioni di ordine processuale¹, la cesoia della Corte costituzionale si abbatte sui limiti “quantitativi” ai colloqui con i difensori dei detenuti in regime di “carcere duro” (art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *b*, ultimo periodo, ord. penit.: non più di tre colloqui visivi o telefonici alla settimana, della durata massima, rispettivamente, di un’ora o di dieci minuti ciascuno); limiti introdotti pochi anni addietro da uno dei tanti “pacchetti sicurezza” (la l. 15 luglio 2009, n. 94) nel quadro di un generale intervento di inasprimento del predetto regime detentivo, ma senza aver fatto debitamente i conti – secondo la Corte – con la garanzia di inviolabilità del diritto di difesa.

La decisione presenta diversi profili di rilievo e passaggi di spiccata originalità, capaci di mettere quasi in secondo piano – se fosse possibile – l’esito di accoglimento della questione: la loro valenza esorbita, infatti, dallo specifico *thema decidendum*, finendo per coinvolgere, come si vedrà, coordinate “strategiche” generali del sindacato di legittimità costituzionale.

1. Con l’ordinanza n. 220 del 2010, la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile una questione di legittimità costituzionale sostanzialmente identica all’attuale per carenza del requisito dell’incidentalità e totale difetto di motivazione sulla rilevanza. Nell’occasione, il giudizio principale era stato, infatti, introdotto da un reclamo direttamente rivolto contro la nuova disciplina prevista dall’art. 41-*bis* ord. penit., al solo scopo di sindacarne la legittimità costituzionale; né, d’altra parte, risultava dall’ordinanza di rimessione che il reclamante avesse chiesto colloqui in eccesso rispetto al limite consentito, incorrendo in un provvedimento di rigetto dell’amministrazione penitenziaria. Analoghi profili di inammissibilità non emergevano, per converso, rispetto alla questione decisa con la sentenza in commento. Nella specie, infatti, il procedimento principale era stato generato dal reclamo di un detenuto sottoposto al regime del “carcere duro”, volto a censurare il rigetto, da parte dell’autorità penitenziaria, della sua richiesta di colloquio visivo con il difensore designato in un procedimento penale pendente, a causa dell’avvenuta effettuazione, nella stessa settimana, di tre ore di colloquio (“tetto” massimo stabilito dalla norma censurata) con altro difensore, designato in un procedimento di sorveglianza.

Prima di tutto, e comunque, con la sentenza n. 143 del 2013 la Corte aggiunge un ulteriore, importante tassello alla sua diuturna opera di “riempimento” e di “concretizzazione” del “labile” enunciato dell’art. 24, secondo comma, Cost.

Di primo acchito scultorea e “potente”, la formula costituzionale relativa al diritto di difesa mostra, in effetti – come da tempo si è osservato – un marcato tasso di genericità in entrambe le sue componenti (oggetto e predicato). Qualificare la «difesa» come «diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» giova, in effetti, ancora a poco, se nulla si dice sull’essenza di quel diritto, sulle singole garanzie ad esso strumentali e sul modulo processuale più idoneo a valorizzarne la funzione: non discutendosi qui – diversamente che per altri diritti, parimenti definiti «inviolabili» (ad esempio, la libertà personale) – di una situazione dotata di sostrato materiale e ontologicamente esistente a prescindere dalla relativa disciplina normativa. La «difesa» è, al contrario, una situazione squisitamente “giuridica”, posto che il rapporto intercorrente, a fini difensivi, tra un soggetto e la vicenda processuale che lo riguarda è esclusivo prodotto dell’intervento del legislatore².

La stessa solenne proclamazione di «inviolabilità» ha, d’altra parte, una valenza assai meno nitida di quanto possa sembrare. È assodato, infatti, che la qualificazione di un certo diritto come «inviolabile» non basta, di per sé, a sottrarlo al bilanciamento con altre esigenze costituzionalmente rilevanti³. A questo destino non sfugge il diritto di difesa⁴: ma allora, ad evitare che l’aggettivazione in questione sbiadisca in un mera sottolineatura enfatica, diviene essenziale stabilire quale sia il tetto massimo di tollerabilità delle restrizioni che l’attività difensiva può patire a vantaggio di esigenze contrapposte⁵.

Ambedue i nodi problematici vengono al pettine nello specifico frangente, nel quale si tratta di dare risposta ad un puntuale interrogativo: se, e in quali limiti, detenuti “ad elevato indice di pericolosità” possano vedere compresso il diritto di conferire con le persone investite della loro difesa tecnica. A questo proposito – se si resta al nudo precetto costituzionale – non v’è, in effetti, davvero nulla che possa dirsi scontato. Diversamente dalle corrispondenti norme delle Carte internazionali – art. 6, § 3, lett. c), della CEDU; art. 14, § 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 47 della Carta di Nizza – l’art. 24, secondo comma, Cost. non fa alcun riferimento espresso neppure al generico diritto all’assistenza tecnica dell’accusato. Su questo versante, peraltro – come si ricorda nella decisione in commento – il terreno è ampiamente arato. Sin dai primordi, la giurisprudenza costituzionale è stata, infatti, perentoria nell’affermare che la dimensione costituzionale del diritto di difesa non si esaurisce nel diritto all’autodifesa – inteso come complesso di attività mediante le quali l’imputato è posto in grado di influire sullo sviluppo dialettico del processo – ma si estende anche al diritto alla difesa tecnica, che del diritto di difesa rappresenta una componente indefettibile⁶, anche perché funzionale alla realizzazione dei principi del contraddittorio e della “parità delle

2. A. SCELLA, *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo «misto»*, in G. Conso (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 197. V. pure C. CESARI, *Difesa tecnica, difesa d’ufficio e gratuito patrocinio*, *ivi*, p. 241.

3. Sul bilanciamento di interessi, per tutti, G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 3953 ss.

4. La giurisprudenza costituzionale è, in effetti, costante nel ritenere che, in linea di principio, l’esercizio delle facoltà difensive possa essere variamente modulato dal legislatore o patire restrizioni, quando entri in gioco la necessità di salvaguardare istanze di livello costituzionale (tra le altre, Corte cost., sentenze n. 317 e n. 173 del 2009, n. 297 del 2008, n. 407 del 1993; per la specifica affermazione, riferita alle modalità della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti – nella specie, nascenti da rapporti di lavoro – per cui «i diritti dei detenuti devono trovare un ragionevole bilanciamento nel diritto della collettività alla corretta esecuzione delle sanzioni penali», Corte cost., sentenza n. 341 del 2006). In una prospettiva di contemperamento con il principio di ragionevole durata del processo, la Corte, ha giudicato, ad esempio, a più riprese infondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla mancata previsione del diritto di ottenere un termine a difesa a favore del difensore designato d’ufficio ai sensi dell’art. 97, comma 4, c.p.p., nel caso di assenza del difensore nominato in via principale, non giustificata da legittimo impedimento: ciò, pur riconoscendo che, in tali ipotesi, possono determinarsi carenze sul piano dell’esercizio di una difesa informata (Corte cost., sentenza n. 450 del 1997, ordinanze n. 162 del 1998 e n. 17 del 2006). Sul punto, v. peraltro anche *infra*, § 8.

5. A. SCELLA, *op. cit.*, p. 198.

6. Ad esempio, Corte cost., sentenze n. 59 del 1963, n. 125 del 1979 e n. 80 del 1984.

armi⁷. A tal punto indefettibile, anzi, da portare a negare che l'art. 24 Cost. salvaguardi il diritto all'“autodifesa esclusiva”⁸.

Di qui a riconoscere, in termini generali, la “dignità costituzionale” del diritto ai colloqui difensivi il passo è, peraltro, breve, anche perché obbligato: ciò, sebbene si debba attendere non poco per trovarne una affermazione diretta e “sacrale” nella giurisprudenza della Corte⁹. È di palmare evidenza, infatti, che – come reiteratamente affermato, col consueto pragmatismo, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (facendo aggio, peraltro, sul dato testuale dell'art. 6, § 3, lett. c, della Convenzione) – «se un avvocato non potesse intrattenersi con il suo cliente senza essere controllato e riceverne istruzioni riservate la sua assistenza perderebbe molto della sua utilità»¹⁰. Dunque, se la garanzia costituzionale della difesa comprende la difesa tecnica, comprende anche – come un ulteriore cerchio concentrico – il diritto a conferire riservatamente col difensore.

Quello che per un soggetto in stato di libertà è essenziale, diviene, d'altronde, addirittura “vitale” per la persona detenuta, la quale – come pure si rimarca nella sentenza annotata – in ragione delle restrizioni connesse al suo stato, che le consentono «solo [...] limitate possibilità di contatti interpersonali con l'esterno» (e prima ancora – potrebbe aggiungersi – ne escludono la libertà di locomozione), viene a trovarsi «in una posizione di intrinseca debolezza rispetto all'esercizio delle facoltà difensive»¹¹.

3

I LIMITI DI TOLLERABILITÀ COSTITUZIONALE DELLE RESTRIZIONI AI COLLOQUI DIFENSIVI. LE PRECEDENTI PRONUNCE DELLA CORTE

Raggiunto senza soverchia difficoltà tale approdo preliminare – per cui il colloquio riservato del detenuto col difensore si pone sotto il cono protettivo dell'art. 24, secondo comma, Cost. – l'indagine si fa decisamente meno piana allorché vengano in discussione i margini entro i quali il relativo diritto può venire sacrificato sull'altare della salvaguardia di contrapposti interessi di rilievo costituzionale. Complessivamente, nella nostra giurisprudenza costituzionale, il tema appare assai meno “visitato” che non nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: soprattutto, è mancata, diversamente che in questa – almeno fino alla sentenza che qui si commenta – l'enunciazione, in termini generali, dell'“algoritmo” che deve presiedere alle operazioni del genere considerato.

Per comodità di discorso, le limitazioni al diritto ai colloqui difensivi possono essere distinte in due categorie: quelle inerenti all'“*an*” e quelle concernenti il “*quantum*”.

La Corte costituzionale ha avuto modo di misurarsi, in precedenza, a più riprese, con limitazioni operanti sul primo fronte. Lo ha fatto già nel vigore del codice Rocco, scrutinando la norma che negava in modo “secco” all'imputato *in vinculis* la possibilità di conferire col difensore prima dell'espletamento dell'interrogatorio (art. 135 c.p.p. del 1930): regola che venne all'epoca “salvata” proprio e principalmente in una prospettiva di bilanciamento con interessi antagonisti, individuati segnatamente nelle finalità della

7. A detti fini, è apparso infatti essenziale che, alla specifica capacità professionale del soggetto chiamato a sostenere le ragioni dell'accusa – il pubblico ministero – si contrapponga quella di un soggetto di pari qualificazione, che affianchi e assista l'imputato. Per controbattere efficacemente le tesi del pubblico accusatore – specie quelle attinenti al valore tecnico-giuridico del fatto – occorre, in effetti, poter spendere nozioni tecnico-giuridiche delle quali l'imputato non è normalmente in possesso; e, quando pure le abbia, solo l'assistenza del difensore assicura la freddezza e la lucidità – la «distaccata serenità», come si usa dire nelle decisioni della Corte – necessarie per scegliere ed elaborare la linea difensiva più vantaggiosa.

8. Donde la ben nota conclusione – risalente agli “anni di piombo”, ma ribadita nel vigore del nuovo codice – per cui la circostanza che la legge processuale imponga la nomina di un difensore di ufficio all'imputato che opti per il rifiuto di difendersi o per la difesa personale non contrasta con alcun parametro costituzionale (Corte cost., sentenza n. 125 del 1979, ordinanza n. 421 del 1997). La preclusione all'autodifesa esclusiva finisce, di fatto, per assicurare un livello di garanzia più elevato di quello espresso dall'alternatività tra autodifesa e difesa tecnica, che è invece testualmente prefigurata dalle Carte internazionali.

9. La prima affermazione di tal segno sembra, in effetti, rinvenibile nella sentenza n. 216 del 1996 (alla quale si farà riferimento anche più avanti), ove si riconosce che fra i diritti inerenti alla difesa dell'imputato rientra «il diritto di conferire con il difensore», «al quale fa riscontro il diritto del difensore di conferire con il proprio assistito ai fini di un efficace dispiegamento della sua attività».

10. Tra le altre, Corte EDU, 13 gennaio 2009, Rybacki contro Polonia; 9 ottobre 2008, Moiseyev contro Russia; 27 novembre 2007, Asciutto contro Italia; 27 novembre 2007, Zagaria contro Italia; 5 ottobre 2006, Marcello Viola contro Italia; 12 marzo 2003, Öcalan contro Turchia; 31 gennaio 2002, Lanz contro Austria.

11. Per analogo rilievo, in dottrina, C. LARA, *Colloqui telefonici difensivi per il condannato: preventiva autorizzazione discrezionale o lacuna normativa*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2386.

“carcerazione preventiva” – istituto anch’esso espressamente previsto in Costituzione (art. 13, ultimo comma) – tra le quali doveva annoverarsi «quella di evitare che l’inquisito o l’imputato distorca i fatti o inquina le prove, cioè, in definitiva, cerchi di eludere l’applicazione della proporzionata sanzione punitiva»¹².

Sopravanzando in “garantismo” la Corte, il nuovo codice di rito ha, peraltro, notoriamente rimosso la ricordata disciplina limitativa, sancendo l’opposto principio per cui «l’imputato in custodia cautelare ha diritto di conferire con il difensore fin dall’inizio dell’esecuzione della misura» (art. 104, comma 1, c.p.p.). L’esclusione dei colloqui cessa, dunque, di rappresentare la regola, per divenire un’eccezione fortemente circoscritta (almeno a livello normativo), nei presupposti e nei tempi: l’esercizio del diritto in questione può essere, infatti, dilazionato dal giudice, nel corso delle indagini preliminari, su richiesta del pubblico ministero, solo «quando sussistono specifiche ed eccezionali ragioni di cautela» e «per un tempo non superiore a sette giorni», ridotti poi a cinque dalla l. 8 agosto 1995, n. 332 (art. 104, comma 3, c.p.p.).

La nuova previsione ha lasciato, nondimeno, del tutto “scoperto” un versante, sul quale non sono tardate ad addensarsi le nubi: quello, cioè, del diritto ai colloqui difensivi del detenuto in forza di condanna definitiva, riguardo al quale il nuovo codice rimaneva affatto silente, così come la legge di ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354)¹³. Di qui il corrente convincimento – rispondente alla prassi operativa – che i colloqui difensivi del condannato ricadessero nella generale disciplina dell’ordinamento penitenziario relativa ai colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi¹⁴: il che comportava il loro assoggettamento ad una autorizzazione discrezionale del direttore dell’istituto, avente come parametro il riscontro dell’esistenza di “ragionevoli motivi”¹⁵.

Sottoposto alla verifica della Corte, il ricordato assetto è stato giudicato, tuttavia, inconciliabile col precetto dell’art. 24, secondo comma, Cost. Con pronuncia a carattere additivo, il cui tenore risente chiaramente del “nuovo clima”, la Corte ha, quindi, omologato – in punto di regola generale – la posizione del condannato in via definitiva a quella dell’imputato, dichiarando costituzionalmente illegittimo l’art. 18 ord. penit., nella parte in cui non riconosceva al primo il diritto a conferire con il difensore «fin dall’inizio dell’esecuzione della pena» (sentenza n. 212 del 1997)¹⁶. È rimarchevole come, nella circostanza, la Corte abbia attribuito ai colloqui difensivi una valenza che prescinde dallo stretto collegamento con una vicenda giudiziaria già in atto, pure *prima facie* evocato dal disposto costituzionale (a fronte del quale l’inviolabilità della difesa si manifesta «in ogni stato e grado del procedimento»). Il diritto a conferire con il difensore – “strumentale” rispetto al diritto alla difesa tecnica e, dunque, come questo incluso nel perimetro della tutela costituzionale – ha infatti, per notazione della Corte, non solo lo scopo di «predisporre le difese e decidere le strategie difensive», ma anche, e prima ancora, quello di «conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall’ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti». Di conseguenza, il diritto in questione deve poter essere esercitato «non solo in relazione ad un procedimento già instaurato, ma altresì in relazione a qualsiasi possibile procedimento contenzioso suscettibile di essere instaurato per la tutela delle posizioni garantite, e dunque

12. A tale argomento si affiancava l’altro secondo il quale l’art. 24, secondo comma, Cost. «garantisce, bensì, la difesa in ogni stato e grado del procedimento, ma non postula la presenza del difensore nella continuità dell’*iter* processuale» (così Corte cost., sentenza n. 26 del 1972, confermata dalle ordinanze n. 100 e n. 178 del 1972).

13. Il regolamento penitenziario si occupava dei difensori al solo scopo di stabilire che i relativi colloqui con i detenuti dovessero svolgersi in «appositi locali», a ciò destinati (art. 35, comma 6, d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431, corrispondente dall’art. 37, comma 6, del vigente d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

14. Art. 18, primo comma, ord. penit. e art. 35, primo comma, d.P.R. n. 431 del 1976.

15. Per tutti, al riguardo, E. BERTOLOTTO, *Art. 18*, in V. Grevi-G. Spangher-F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, IV ed., Padova, 2011, p. 241; F. FONTI, *Art. 18 l. 26 luglio 1975, n. 354*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Milano, 2010, p. 10275.

16. A commento della decisione, R. BRICCHETTI, *Il direttore dell’istituto penitenziario non dovrà più autorizzare i colloqui*, in *Guida dir.*, 1997, pp. 70 ss.; F. DELLA CASA, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da “graziosa concessione” a “diritto”*, in *Dir. proc. pen.*, 1998, pp. 210 ss.

anche in relazione alla necessità di preventiva conoscenza e valutazione – tecnicamente assistita – degli istituti e rimedi apprestati allo scopo dall’ordinamento»¹⁷.

Ciò posto, la Corte ha escluso che detto diritto possa patire compressioni o condizionamenti in ragione dello stato di detenzione del suo titolare, «se non nei limiti eventualmente disposti dalla legge a tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti» – dunque, sempre in ottica di “bilanciamento” (come avviene, ad esempio, per le «temporanee» e «limitate» sospensioni prefigurate dal citato art. 104, comma 3, c.p.p.). L’amministrazione penitenziaria può disciplinare, bensì – in correlazione alle ineludibili esigenze di ordine e sicurezza delle carceri – le modalità di esercizio del diritto (orari e locali di svolgimento, modi di identificazione del difensore, ecc.), senza però, che tale potestà possa «trasformare il diritto in una situazione rimessa all’apprrezzamento dell’autorità amministrativa, e quindi soggetta ad una vera e propria autorizzazione discrezionale».

A seguito della sentenza del 1997 – come si rileva in quella annotata – i colloqui coi difensori di tutti detenuti, anche definitivi, sono stati quindi emancipati non solo da provvedimenti autorizzatori, ma anche (almeno fino all’intervento del “pacchetto sicurezza 2009”) da limitazioni relative a frequenza e durata, quali quelle previste dalla normativa penitenziaria per i colloqui con congiunti o con altre persone (art. 37 reg. esec.)¹⁸.

4

I NEOINTRODOTTI LIMITI “QUANTITATIVI” AL DIRITTO AI COLLOQUI COI DIFENSORI DEI DETENUTI IN REGIME DI “CARCERE DURO”

Con la sentenza in commento, il sindacato della Corte viene a spostarsi sull’altro versante: quello, cioè, delle limitazioni inerenti al “quantum”. La norma sottoposta a scrutinio, infatti, non esclude *tout court*, per un certo lasso temporale (come i provvedimenti adottati ai sensi dell’art. 104, comma 3, c.p.p.), la possibilità di esercizio del diritto del detenuto ai colloqui difensivi, e neppure la condiziona (come il quadro normativo censurato dalla sentenza n. 212 del 1997) al *placet* dell’amministrazione penitenziaria¹⁹. Essa fissa, invece, rigidi “tetti quantitativi legali” ai momenti di contatto tra il soggetto *in vinculis* e i suoi avvocati: “tetti” valevoli, peraltro, non per la generalità dei detenuti,

17. La puntualizzazione si giustificava segnatamente a fronte del fatto che, nella prassi operativa, le autorità carcerarie subordinavano il rilascio dell’autorizzazione alla pendenza di procedimenti giurisdizionali nei quali il difensore fosse stato designato (R. BRICCHETTI, *op. cit.*, p. 70).

18. F. DELLA CASA, *op. cit.*, p. 213.

Ciò almeno per quanto riguarda i colloqui *visivi*. Secondo la giurisprudenza di legittimità, rimarrebbero, infatti, tuttora applicabili al difensore le limitazioni ai colloqui *telefonici* stabilite dall’art. 39 reg. esec. con riferimento ai congiunti e alle “terze persone” (limite numerico: un solo colloquio settimanale, ovvero non più di due colloqui al mese ove si tratti di detenuti per delitti di cui all’art. 4-bis, comma 1, primo periodo, ord. penit.; limite di durata del singolo colloquio: dieci minuti), nonché la sottoposizione di tali colloqui alla valutazione del direttore dell’istituto (preventiva autorizzazione, sulla base di «ragionevoli e verificati motivi»). Tale disciplina limitativa si giustificerebbe, infatti – secondo la Corte di cassazione – con i problemi di gestione tecnica degli impianti e non determinerebbe comunque una violazione del diritto di difesa, stante la facoltà del detenuto di mantenere contatti grafici e visivi con il proprio difensore senza apposizione di limiti (Cass., 29 novembre 2011-20 dicembre 2011, n. 47326, in *C.E.D. Cass.*, n. 251419; Cass., 14 ottobre 2004-4 novembre 2004, n. 43154, *ivi*, n. 230094; in dottrina, F. PICOZZI, *Rimane aperto il dibattito sulla corrispondenza telefonica difensiva del condannato detenuto*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1124 ss.).

La tesi è, peraltro, avversata da una parte della giurisprudenza di merito, secondo la quale i principi affermati dalla sentenza n. 212 del 1997 dovrebbero ritenersi operanti anche in rapporto ai colloqui telefonici, i quali rimarrebbero di conseguenza sottratti al limite numerico e alla valutazione dell’amministrazione penitenziaria, salvo per quanto attiene agli aspetti organizzativi, tecnici e di prevenzione di eventuali illeciti (Mag. sorv. Vercelli, 15 giugno 2011, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1119; v. pure Mag. sorv. Vercelli, 17 giugno 2009, cit. in C. LARA, *op. cit.*, p. 2390; con particolare riguardo ai colloqui telefonici dei detenuti sottoposti al regime del 41-bis, nel senso che debba ritenersi illegittima l’imposizione da parte dell’amministrazione penitenziaria del limite di durata di dieci minuti, in quanto lesivo del diritto di difesa, anteriormente alla l. n. 94 del 2009, Mag. sorv. Novara, 10 marzo 2008). Critica anche la dottrina, la quale in particolare rileva come la conversazione telefonica non possa essere considerata un mezzo “residuale” di contatto col difensore, valendo a sopprimerlo un possibile difetto di alfabetizzazione del detenuto e, comunque, alla distanza tra luogo di detenzione e luogo di residenza del difensore, specie qualora si manifestino delle impellenze procedurali (C. LARA, *op. cit.*, pp. 2385 ss.).

Va da sé che l’ulteriore pronuncia della Corte, che qui si annota, non può che corroborare – anche per i suoi reiterati riferimenti ai colloqui telefonici – le perplessità sul corrente indirizzo della giurisprudenza di legittimità.

19. Per questo verso – contrariamente a quanto sostenuto dal giudice *a quo* – non è, in effetti ravvisabile alcun contrasto “diretto” tra la soluzione adottata dalla l. n. 94 del 2009 e i *dicta* della sentenza n. 212 del 1997, la quale, dichiarando l’illegittimità costituzionale, *in parte qua*, dell’art. 18 ord. penit., si è limitata ad escludere che i colloqui col difensore possano essere subordinati ad una autorizzazione discrezionale dell’autorità carceraria. Nella specie, il diritto ai colloqui con il difensore non è né escluso in radice, né rimesso al potere discrezionale dell’amministrazione penitenziaria: è il legislatore a fissare la durata e la cadenza dei contatti tra detenuto e difensore, ponendo restrizioni finalizzate a tutelare interessi considerati preminenti, quale la “difesa sociale” (P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 316).

ma solo per una specifica categoria di essi, differenziata dunque *in peius* rispetto alle altre e costituita dai detenuti soggetti allo speciale regime di sospensione delle regole del trattamento, disposto dal Ministro della giustizia ai sensi dall'art. 41-bis, comma 2, ord. penit.²⁰.

Introdotta quale rimedio a carattere temporaneo negli anni delle stragi di mafia (d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv., con modif., in l. 7 agosto 1992, n. 356), l'istituto in questione ha notoriamente, quale precipuo obiettivo²¹, quello di «congelare» la *leadership* degli esponenti di primo piano di organizzazioni criminali, recidendo il rapporto tra il carcere e l'esterno (cioè, in «controtendenza» rispetto alla disciplina ordinaria, che viceversa valorizza i collegamenti tra la popolazione detenuta e la società esterna, quali fattori di reinserimento sociale)²². Lo scopo è soprattutto di impedire che i membri di vertice in stato di detenzione, valendosi degli strumenti offerti dal normale regime penitenziario, possano continuare ad impartire ordini e direttive agli affiliati in stato di libertà, e così mantenere, anche dal carcere, il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione²³.

È altrettanto noto come l'istituto sia stato più volte sottoposto al vaglio della Corte, la quale, con una serie di sentenze interpretative di rigetto, ne ha profondamente modellato la fisionomia, assicurandone tuttavia la sopravvivenza e «convalidandone», in tal modo, la *ratio*²⁴. Anche la Corte EDU, reiteratamente investita del problema – specie sotto il profilo dell'asserita contrarietà del regime speciale al divieto di trattamenti inumani e degradanti – ha in genere ritenuto che lo scopo dianzi indicato fosse in grado di giustificare le restrizioni imposte²⁵.

Il concreto contenuto del regime detentivo speciale è stato, peraltro, definito per la prima volta, a livello normativo, solo con la l. 23 dicembre 2002, n. 279, che, ponendo fine alle reiterate proroghe dell'originario termine di vigenza, ha «stabilizzato» l'istituto, ridisegnandone la disciplina nella prospettiva di renderla maggiormente conforme ai principi costituzionali, in ossequio alle indicazioni fornite dalla Corte²⁶.

Stante la finalità del regime di sospensione, le restrizioni nelle quali esso si sostanzia non potevano evidentemente non investire anche, e *in primis*, il diritto ai colloqui, che rappresentano il veicolo più diretto e immediato di comunicazione del detenuto con

20. Si tratta del regime di «carcere duro» inteso a prevenire – come si legge in sentenza – la pericolosità di singoli detenuti proiettata verso l'esterno del carcere. Non viene, per converso, in rilievo la distinta ipotesi del comma 1 dell'art. 41-bis ord. penit., volta a fronteggiare situazioni generali di pericolo interno («casi eccezionali di rivolta» o «altre gravi situazioni di emergenza»): situazioni in presenza delle quali il Ministro della giustizia può sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento al fine di ripristinare l'ordine e la sicurezza, con provvedimento che ha la durata strettamente necessaria al conseguimento di tale fine. La disposizione limitativa sottoposta a scrutinio risulta, infatti, specificamente riferita alla sospensione disposta ai sensi del comma 2.

Merita di essere ricordato come, con riferimento allo specifico tema del diritto a conferire col difensore del detenuto sottoposto al regime del 41-bis, la Corte abbia ritenuto non illegittima la disciplina della partecipazione al dibattito «a distanza», che prevede il ricorso a mezzi telefonici per le comunicazioni tra difensore e imputato: ciò, peraltro, sul rilievo che al difensore è sempre consentito, eventualmente anche tramite un sostituto, di essere presente nel luogo dove si trova l'imputato, così come al difensore e all'imputato sono posti a disposizione strumenti tecnici «idonei», che assicurino la reciproca possibilità di consultarsi riservatamente (Corte cost., sent. n. 342 del 1999).

21. A fianco dell'obiettivo «ufficiale», l'istituto è suscettibile di assumere anche finalità «collaterali» e «oblique» (talora, peraltro, anche apertamente dichiarate): quali, in specie, quella di fungere da strumento di pressione per indurre l'esponente mafioso a collaborare con la giustizia e di produrre un effetto deterrente nei confronti degli affiliati in libertà (*scilicet*, per l'incremento del tasso di afflittività della detenzione che vi si accompagna), assolvendo, così, da mezzo di prevenzione generale (per tutti, al riguardo, L. BRESCIANI, *Art. 2, comma 25, l. 15 luglio 2009, n. 94*, in G. De Francesco (a cura di), *Commentario al pacchetto sicurezza*, Torino, 2011, pp. 281 ss.). Dette finalità vengono peraltro trascurate dalla decisione in commento, essendo palese la loro inidoneità a giustificare una previsione limitativa del diritto di difesa.

22. L. BRESCIANI, *op. cit.*, p. 280.

23. L. BISORI-E. PROFITI, *Contrasto della criminalità organizzata e nuova disciplina delle misure di prevenzione*, in F. Giunta-E. Marzaduri (a cura di), *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, Milano, 2010, p. 279; L. BRESCIANI, *op. cit.*, p. 280. Nello stesso senso la giurisprudenza della Corte, secondo la quale la disciplina in questione mira essenzialmente a «impedire i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà», collegamenti che potrebbero realizzarsi «attraverso i contatti con il mondo esterno» che lo stesso ordinamento penitenziario favorisce quali strumenti di reinserimento sociale (Corte cost., sentenza n. 376 del 1997; ordinanze n. 417 del 2004 e n. 192 del 1998).

24. Cfr. Corte cost., sentenze n. 349 e n. 410 del 1993, n. 351 del 1996 e n. 376 del 1997.

25. Tra le ultime, Corte EDU, 19 gennaio 2010, *Montani contro Italia*; 12 gennaio 2010, *Mole contro Italia*; 1° dicembre 2009, *Stolder contro Italia*; Grande Camera, 17 settembre 2009, *Enea contro Italia*; 20 gennaio 2009, *Zara contro Italia* (sul tema, anche per ulteriori richiami, si veda E. NICOSTA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in RIDPP, 2009, 1240 ss.).

26. In origine, infatti, l'art. 41-bis ord. penit. si limitava a consentire la sospensione delle regole trattamentali senza ulteriori precisazioni, lasciando quindi alla discrezionalità amministrativa l'individuazione delle singole restrizioni.

l'esterno. In questa prospettiva, il comma 2-*quater*, lett. b), dell'art. 41-*bis* ord. penit., come novellato dalla citata legge n. 279 del 2002, prevedeva segnatamente che il regime speciale potesse comportare, tra l'altro: *i*) la riduzione del numero dei colloqui in misura «non inferiore a uno e non superiore a due al mese»; *ii*) il loro svolgimento in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti (vetro divisorio); *iii*) il divieto di colloqui con persone diverse dai familiari, salvo casi eccezionali; *iv*) la possibilità di sottoporre i colloqui a controllo auditivo e a registrazione; *v*) la possibilità di autorizzare, solo dopo i primi sei mesi di applicazione del regime speciale, un colloquio telefonico mensile con i familiari, della durata massima di dieci minuti e sottoposto comunque a registrazione.

L'ultimo periodo della citata lett. b) precisava, peraltro, che le disposizioni da essa dettate «non si applicano ai colloqui con i difensori». Di conseguenza, anche per i detenuti soggetti al regime del 41-*bis*, restava fermo il diritto incondizionato – e non limitato “quantitativamente” – a conferire in modo riservato con il proprio difensore: ciò, in una evidente prospettiva di salvaguardia dell'inviolabilità della difesa.

L'esperienza applicativa della disciplina introdotta dalla legge del 2002, rappresentata in varie sedi istituzionali, evidenziava, tuttavia, come malgrado la sottoposizione al regime del 41-*bis*, i boss mafiosi riuscissero ad impartire sistematicamente dal carcere le proprie direttive e a commissionare delitti agli affiliati in libertà: e ciò – come accertato in qualche caso – anche avvalendosi dell'“intermediazione” dei difensori²⁷.

La conseguente, montante pressione per un irrigidimento del regime trovava concreta eco nella l. 15 luglio 2009, n. 94. Approfittando del disegno di legge n. 733/S in materia di «sicurezza pubblica», già all'esame delle Camere (cui erano originariamente estranee le tematiche della lotta alla criminalità organizzata), la maggioranza, d'accordo con l'opposizione, presentava alle Commissioni riunite affari costituzionali e giustizia del Senato un emendamento concernente la riforma dell'art. 41-*bis* ord. penit. e l'introduzione di un nuovo reato, volto a punire le condotte di agevolazione delle comunicazioni dei detenuti in regime speciale (art. 391-*bis* c.p.).

Le disposizioni in questione venivano quindi approvate in pieno spirito *bipartisan* da entrambi i rami del Parlamento, divenendo i commi 25 e 26 dell'art. 2 della citata legge n. 94 del 2009²⁸. Come inequivocamente emerge dai lavori parlamentari, con l'intervento in questione, si è inteso «ripristina[re] l'originario rigore del regime di detenzione

27. Al riguardo, A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, in S. Corbetta-A. Della Bella-G. L. Gatta (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, pp. 447 ss.

Così, nella «Relazione al Parlamento sulle questioni emerse in sede di applicazione della nuova normativa in tema di regime carcerario speciale previsto dall'articolo 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario», approvata dalla Commissione parlamentare antimafia nella seduta dell'8 marzo 2005, si affermava che «i detenuti sottoposti al regime differenziato comunicano con l'esterno e tra di loro, in modo continuo e ordinario», e si esprimeva la «forte preoccupazione per la possibilità che la gestione difettosa delle diverse opportunità concesse dalla nuova legge (socialità, numero di colloqui, di telefonate, etc.) possa determinare, al di là della inadeguatezza di singole previsioni, un indebolimento dell'efficacia operativa del presidio del 41-*bis*».

Nella Relazione sulla politica dell'informazione per la sicurezza (anno 2008), trasmessa dalla Presidenza del Consiglio dei ministri al Parlamento il 28 febbraio 2009, si evidenziava, da un lato, come, essendo stati assicurati alla giustizia molti capi “storici” dei principali clan mafiosi, «il profilo strategico delle associazioni risulta[sse] sempre più legato alle componenti in carcere, deputate ad elaborare le iniziative di maggior respiro»; dall'altro, come i boss detenuti fossero «capaci, nonostante i vincoli del regime differenziato del 41-*bis*, di indicare e sostenere le scelte operative ed economiche del gruppo di riferimento». Nella stessa Relazione si menzionava specificamente un'indagine relativa ad una famiglia mafiosa di “cosa nostra”, dalla quale era emerso che gli «esponenti apicali detenuti, sebbene tutti sottoposti al regime carcerario previsto dall'art. 41-*bis*, impartivano disposizioni ai gregari dell'organizzazione attraverso i colloqui con i congiunti e in video-conferenza con i propri difensori, tra i quali inserivano fittiziamente propri affiliati».

Di segno analogo le dichiarazioni pubbliche del Procuratore nazionale antimafia (intervista del luglio 2008, citata in A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 447 nt. 5); mentre il Ministro della giustizia Alfano – in occasione di un'audizione davanti alla Camera quando erano ancora in corso i lavori parlamentari sul disegno di legge n. 733/S – aveva dichiarato che «per l'ennesima volta si è accertato come l'art. 41-*bis* non fosse sufficiente a impedire la trasmissione di ordini dal carcere all'esterno, che spesso si traducono in omicidi» (Camera dei deputati – Commissione II giustizia, seduta del 27 novembre 2008, audizione del Ministro della giustizia sulla situazione degli istituti penitenziari).

28. L'importanza della riforma era ribadita anche dal Presidente della Repubblica nella lettera del 15 luglio 2009, diretta al Presidente del Consiglio dei ministri e ai Ministri dell'interno e della giustizia, che ha accompagnato la promulgazione della legge. Nonostante le “perplexità” manifestate, sotto altri profili, sul testo approvato dalle Camere, il Capo dello Stato riteneva, infatti, di dover comunque promulgare la legge per «non sospendere l'entrata in vigore di norme ampiamente condivise in sede parlamentare, che rafforzano il contrasto alle varie forme di criminalità organizzata intervenendo sul trattamento penitenziario da riservare ai detenuti più pericolosi».

di cui all'art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen.», rendendo, in particolare, «ancor più difficile ai detenuti – in particolare ai condannati per il reato di associazione mafiosa – la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza»²⁹.

Le modifiche introdotte, in quest'ottica, al regime del “carcere duro” sono notevolmente articolate. La nuova disciplina incide in modo significativo, da un lato, sui presupposti e sul procedimento applicativo della misura (destinatari³⁰, condizioni e criteri di applicazione, durata, regime di proroga, impugnazione del provvedimento applicativo); dall'altro, sugli effetti in capo al detenuto, ossia sui contenuti del regime differenziato³¹.

Su questo secondo versante, alle modifiche *in duriozem* non è ovviamente sfuggita la disciplina dei colloqui. L'art. 25, comma 2, lett. f), n. 2), l. n. 94 del 2009, novellando la lett. b) dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, ord. penit., ha, in particolare, ridotto ad uno solo il numero dei colloqui personali mensili (in precedenza, come ricordato, era «non superiore a due»); ha reso obbligatori (anziché discrezionali) il controllo auditivo e la videoregistrazione; ha stabilito che i colloqui telefonici possano essere concessi solo se non siano stati effettuati colloqui personali (e non già in aggiunta ad essi). Ma soprattutto – per quanto qui interessa – ha modificato l'ultimo periodo della citata lett. b), aggiungendo alla previsione per cui «le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori» le parole «con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari»: ossia della durata massima di un'ora, quanto ai colloqui visivi (art. 37, comma 10, reg. esec.), e di dieci minuti, quanto ai colloqui telefonici (terzo periodo della stessa lett. b) dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, ord. penit., che replica l'art. 39, comma 6, reg. esec.).

Il costruito normativo che risulta dall'interpolazione è tutt'altro che felice sul piano logico-sintattico: ma – come si rileva nella pronuncia annotata – il suo senso risulta egualmente chiaro. Ferma rimanendo l'inapplicabilità ai colloqui difensivi delle disposizioni (operanti invece per i colloqui con i familiari) che prescrivono il vetro divisorio, il controllo auditivo e la videoregistrazione, vengono introdotte per la prima volta limitazioni “quantitative” (frequenza settimanale e durata) al diritto dei detenuti in 41-*bis* a conferire con i propri difensori³².

La nuova previsione limitativa ha suscitato – ancor prima della sua approvazione definitiva – l'immediata reazione dell'Unione delle Camere penali, la quale ha scorto in essa l'espressione di un «tentativo di criminalizzare il difensore, individuato quale

29. In questi termini si esprime, in specie, la relazione dei senatori Berselli e Vizzini sul d.d.l. n. 733/S. Eloquente, altresì l'intervento dello stesso senatore Vizzini all'Assemblea del Senato del 4 febbraio 2009, secondo il quale «siamo di fronte ad un fenomeno che è ormai chiaro a tutti, che risulta da atti investigativi e da processi in corso. Vi sono soggetti che, reclusi secondo il regime del 41-*bis*, trasformano la loro sottoposizione al carcere duro in dimostrazione di potenza, continuando a colloquiare con l'esterno e soprattutto ad impartire ordini sul territorio ai loro accoliti di cosa nostra, della camorra, della 'ndrangheta. Il problema di fondo, quindi, è impedire una beffa enorme allo Stato che da un lato cattura i mafiosi e dall'altro si trova spesso di fronte alla circostanza che costoro continuano a mantenere il controllo sul territorio. (...) Lo sforzo che abbiamo compiuto non serve solo a punire il singolo soggetto, ma deve dare certezza che dalle carceri non si comanda perché nelle carceri comanda lo Stato e chi è stato condannato, se vuole evitare il carcere duro, ha un altro strumento: non fare più il mafioso e collaborare con lo Stato. (...) Quando i colloqui con i propri congiunti o con i propri avvocati non servono né per difendersi né per abbracciare o baciare un figlio, ma esclusivamente per portare ordini all'esterno, lo Stato ha il dovere di intervenire perché questa usanza cessi».

30. Alla stregua del vigente dettato dell'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit., la sospensione delle regole di trattamento può essere disposta nei confronti di detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva.

31. Per un *excursus* complessivo su tali modifiche, cfr. L. BISORI-E. PROFITI, *op. cit.*, pp. 279 ss.; L. BRESCIANI, *op. cit.*, pp. 278 ss.; M. F. CORTESI, *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel “pacchetto sicurezza”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, pp. 1069 ss.; A. DELLA BELLA, *op. cit.*, pp. 447 ss.; C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri fortezza”: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. Mazza-F. Viganò (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009*, Torino, 2009, pp. 395 ss.

32. Per tutti, M. F. CORTESI, *op. cit.*, p. 14. Da notare che i difensori risultano evocati anche nella correlata norma incriminatrice di cui all'art. 391-*bis* c.p. (aggiunto dall'art. 2, comma 26, l. n. 94 del 2009), che punisce con la reclusione da uno a quattro anni chiunque consente a un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale di comunicare con altri in elusione delle prescrizioni all'uopo imposte. La norma prevede, infatti, una pena maggiore (reclusione da due a cinque anni) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale, da un incaricato di pubblico servizio o da un soggetto che esercita la professione forense (per l'analisi di tale figura delittuosa, L. BISORI-E. PROFITI, *op. cit.*, pp. 285 ss.; A. DELLA BELLA, *Nuovo delitto di “agevolazione” ai detenuti in “41-*bis*”*, in S. Corbetta-A. Della Bella-G. L. Gatta (a cura di), *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Milano, 2009, pp. 469 ss.).

possibile contatto con l'esterno»³³. Anche la dottrina ha, in prevalenza, accolto la nuova norma con marcato scetticismo, mettendone in discussione la tenuta costituzionale³⁴. Di tali dubbi di costituzionalità si è fatto, quindi, portavoce il Magistrato di sorveglianza di Viterbo con l'ordinanza di rimessione scrutinata dalla Corte.

5

LA DECISIONE DELLA CORTE: L'ESCLUSIONE DI SOLUZIONI "SALVIFICHE" A CARATTERE INTERPRETATIVO

Nel ritenere fondati i dubbi prospettati – quantomeno in riferimento alla dedotta violazione del diritto di difesa³⁵ – la Corte ha escluso che la questione si prestasse ad una soluzione di tipo interpretativo, volta a negare la configurabilità dei *vulnera* costituzionali denunciati a fronte di un difetto di correttezza o di completezza della ricostruzione del quadro normativo operata dal rimettente. È già questo, in effetti, un elemento di novità *in subiecta materia*, posto che, come in precedenza accennato, il ricorso a decisioni del genere considerato rappresenta una sorta di *file rouge* nella giurisprudenza costituzionale relativa al regime detentivo del 41-*bis*³⁶.

La Corte ha ritenuto, in particolare, che non potesse essere messo in discussione il presupposto interpretativo da cui muoveva il rimettente, e rispondente alla corrente prassi amministrativa³⁷, in forza del quale le limitazioni ai colloqui coi difensori stabilite dalla norma censurata operano a prescindere dal numero dei procedimenti nei quali il detenuto risulta coinvolto e, dunque, dal numero dei legali designati. Si tratta, infatti, di lettura pienamente rispondente agli obiettivi e alla lettera della previsione normativa (che menziona i «difensori» al plurale e non fa alcun accenno ad una ipotetica moltiplicazione del «monte colloqui» in funzione della pluralità dei procedimenti cui il detenuto sia interessato).

La contraria (e più che problematica) esegesi, secondo la quale le limitazioni dovrebbero intendersi riferite al singolo procedimento, avrebbe, d'altro canto, risolto la questione nel caso oggetto del giudizio *a quo* (rendendola irrilevante)³⁸, ma non il problema in generale, posto che, da un lato, alla luce di quanto affermato dalla sentenza n. 212 del 1997, il diritto del detenuto a conferire con il difensore deve potersi esplicare anche in rapporto a procedimenti ancora da instaurare; e, dall'altro, non è escluso che i limiti numerici e di durata dei colloqui possano porsi in tensione con l'effettività del diritto di difesa anche se riferiti ad un singolo procedimento.

Una diversa soluzione a carattere interpretativo, astrattamente prospettabile, avrebbe potuto essere quella di ritenere che le difficoltà di preparazione della difesa, indotte dalla disposizione censurata, fossero suscettibili di trovare un rimedio "endoprocedimentale" nell'istituto del legittimo impedimento: ciò sulla falsariga di quanto precedentemente affermato dalla Corte con la sentenza n. 216 del 1996, in riferimento al divieto

33. Giunta dell'Unione delle Camere penali, Osservazioni sul d.d.l. n. 733 sulla sicurezza (18 novembre 2008).

34. Hanno ritenuto la norma in questione lesiva dell'art. 24 Cost., in particolare, F. CALABRESE, *Prime osservazioni sulla conformità a Costituzione dell'intervento novellistico sull'art. 41-bis ord. penit.*, in *Osservatorio del processo penale*, diretto da A. GAITO, 2009, n. 4-5, pp. 89 ss.; M. F. CORTESI, *op. cit.*, p. 14 (specie in riferimento ai soggetti non ancora condannati in via definitiva); C. FIORIO, *op. cit.*, p. 415, il quale – riprendendo la notazione critica formulata dalla Giunta dell'Unione delle Camere penali – dubita altresì che i difensori possano essere normativamente gravati «di una sgradevole presunzione di reità».

35. Il riscontrato *vulnus* dell'art. 24, secondo comma, Cost. è stato ritenuto, infatti, "assorbente" rispetto alle ulteriori censure prospettate dal giudice rimettente, riferite segnatamente all'art. 3 Cost. (sotto il profilo dell'ingiustificata disparità di trattamento dei detenuti in regime speciale rispetto ai detenuti "ordinari", malgrado le esigenze difensive normalmente più accentuate dei primi) e all'art. 111, terzo comma, Cost. (sotto il profilo della lesione del diritto dei detenuti in questione a disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare efficacemente la propria difesa).

36. Alle già citate decisioni anteriori alla l. n. 279 del 2002, possono aggiungersi, dopo di essa, l'ordinanza n. 417 del 2004 e la sentenza n. 190 del 2010.

37. Si tratta, infatti, della direttiva prontamente fornita agli uffici periferici dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia con circolare n. 297600-2009 del 3 settembre 2009. Lo stesso DAP ha, peraltro, anche ritenuto che i detenuti potessero "cumulare" i colloqui loro spettanti nell'arco della settimana: effettuare, cioè, in luogo di tre colloqui visivi o telefonici di un'ora o di dieci minuti ciascuno, un unico colloquio visivo o telefonico della durata, rispettivamente, di tre ore o di trenta minuti (circulari n. 434778-2009 del 3 dicembre 2009 e n. 233598-2010 del 1° aprile 2010). Lettura, questa, giovevole al detenuto, evitando il necessario frazionamento degli incontri o dei contatti telefonici con il difensore.

38. Come accennato, infatti, nella specie l'amministrazione penitenziaria aveva negato al detenuto il diritto al colloquio con il difensore di fiducia designato in un procedimento penale a causa dell'avvenuto raggiungimento del "tetto" settimanale per effetto del colloquio visivo di tre ore, avuto con il difensore designato in un distinto procedimento di sorveglianza.

di colloquio previsto dall'art. 104, comma 3, c.p.p.

In quell'occasione, la Corte era investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 101 disp. att. c.p.p., nella parte in cui – nel prevedere le ipotesi nelle quali il termine di dieci giorni per la decisione sulla richiesta di riesame, di cui all'art. 309, comma 9, c.p.p., decorre, o riprende a decorrere, da data diversa e successiva rispetto a quella di ricezione degli atti da parte del tribunale – non contempla anche il caso dell'imputato il quale, avendo chiesto il riesame, sia stato raggiunto, prima dell'udienza fissata per la decisione, da nuovo provvedimento restrittivo accompagnato da divieto temporaneo di colloquio con i difensori. La Corte ha dichiarato la questione non fondata, ritenendo che – contrariamente a quanto allora sostenuto dal rimettente – l'ipotesi considerata integrasse la fattispecie del «legittimo impedimento» dell'imputato che abbia chiesto di essere sentito personalmente, prevista come ragione di rinvio dell'udienza dall'art. 127, comma 4, c.p.p. (esplicitamente richiamato dal censurato art. 101, comma 1, disp. att. c.p.p.).

Più che il caso specifico allora esaminato, interessano, peraltro, i principi enunciati dalla citata pronuncia, apparentemente dotati di una portata generale. Ivi si afferma, in specie, che «ragioni costituzionali – discendenti dall'esigenza di evitare compromissioni del diritto di difesa – inducono a preferire una interpretazione estensiva» della nozione di «legittimo impedimento» (non precisata dall'art. 127, comma 4, c.p.p.), «atta a ricomprendere le ipotesi nelle quali l'imputato non abbia potuto o non possa esercitare pienamente i diritti inerenti alla sua difesa e così il diritto di conferire con il difensore: al quale fa riscontro il diritto del difensore di conferire con il proprio assistito ai fini di un efficace dispiegamento della sua attività difensiva». In quest'ottica, «l'imputato temporaneamente soggetto al divieto di conferire col difensore deve dunque considerarsi di fatto impedito a partecipare utilmente [...] all'udienza di cui si discute».

Con riferimento all'ipotesi che qui interessa, si sarebbe potuto parallelamente ritenere che il detenuto soggetto al regime del 41-*bis* o il relativo difensore, i quali avessero visto “intralciata” l'attività difensiva dalla limitazione dei colloqui che viene in rilievo, potessero dedurre tale circostanza come ragione di legittimo impedimento e ottenere, conseguentemente, il rinvio dell'udienza nel procedimento nel quale l'attività stessa avrebbe dovuto essere esplicita.

Decidendo la questione nel merito, la Corte ha scartato – implicitamente – anche tale ipotesi interpretativa: e – sembra di poter dire – ben a ragione. A prescindere da ogni altro possibile rilievo, appare infatti evidente come la soluzione ipotizzata avrebbe avuto “costi” relevantissimi sul piano operativo, tali da renderla del tutto disfunzionale. Nel frangente non si discute, infatti, come nell'ipotesi presa in esame dalla sentenza n. 216 del 1996, di un divieto assoluto di colloquio con i difensori valevole per un ristrettissimo lasso temporale: caratteristiche che rendono agevole la verifica dell'esistenza dell'impedimento da parte del giudice del riesame e circoscritte le relative ricadute concrete (breve rinvio dell'udienza). Si discute, invece, di un regime limitativo (i colloqui col difensore sono ammessi, ma con restrizioni quanto a numero e durata) suscettibile di protrarsi per un lunghissimo periodo di tempo (potenzialmente, addirittura *sine die*). In tale situazione, il giudice di ciascun procedimento si sarebbe allora trovato a dover valutare se il numero di ore di colloquio col difensore del quale il detenuto aveva potuto fruire nel periodo che veniva in rilievo – tenendo conto, peraltro, anche delle esigenze difensive connesse a tutti gli altri procedimenti nei quali il detenuto stesso era o poteva essere coinvolto – fosse stato concretamente sufficiente per predisporre una difesa adeguata³⁹. È chiaro allora che la soluzione interpretativa in parola avrebbe finito per

39. Al fine di dare una risposta sicura e immediata a tale interrogativo, non gli sarebbe bastato neppure rilevare che – come nel caso oggetto del giudizio *a quo* – al difensore designato in quel procedimento era stato inibito *in toto* il colloquio: tale inibizione totale consegue, infatti, pur sempre alla scelta del detenuto di utilizzare interamente il suo “monte ore” per colloquiare con un altro o con altri difensori. Il giudice avrebbe dovuto, pertanto, stabilire se tale scelta potesse ritenersi giustificata, avuto riguardo alla “pregnanza comparativa” delle esigenze difensive ravvisabili nelle varie sedi (diversamente, il

6 L'IDONEITÀ DELLE RESTRIZIONI A PENALIZZARE IL DIRITTO DI DIFESA

incunare costanti ostacoli operativi (e possibili nullità, nel caso di diniego del rinvio) nell'ambito di procedimenti penali di particolare complessità e lunghezza, quali solitamente sono quelli che coinvolgono i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale.

Sgombrato il campo dalle suggestioni di ipotetiche alternative esegetiche “salvifiche”, il percorso argomentativo sulla cui base la Corte perviene a riscontrare la lesione dell'art. 24, secondo comma, Cost. si articola in due passaggi. Primo: le censurate limitazioni ai colloqui sono concretamente idonee a penalizzare il diritto di difesa. Secondo: tale pregiudizio non è giustificabile in chiave di bilanciamento con interessi contrapposti (quelli, in specie, alla cui protezione è strumentale il regime detentivo speciale).

Il ragionamento sulla cui base la Corte perviene alla prima delle due conclusioni ricalca dappresso le modalità con le quali, nella giurisprudenza costituzionale più recente, viene verificata la “tenuta” delle norme che sanciscono presunzioni assolute⁴⁰ (ciò quantunque la disposizione censurata evidentemente non si collochi in tale categoria). La Corte pone l'accento, anzitutto, sui tratti di rigidità, indefettibilità e lunga durata delle restrizioni ai colloqui difensivi di cui si discute (caratteristiche che valgono a differenziarla nettamente dall'ipotesi contemplata dall'art. 104, comma 3, c.p.p.). Nell'attuale regime, infatti – diversamente che in quello anteriore alla novella del 2009 – le restrizioni in parola conseguono automaticamente all'applicazione del “carcere duro”⁴¹ e lo accompagnano indefettibilmente per l'intera sua durata (quattro anni, con indefinite possibilità di proroghe biennali). Esse restano, altresì, “indifferenti” – come già accennato – alla natura, alla complessità e al numero dei procedimenti giudiziari ai quali il detenuto è interessato, nonché al grado di urgenza degli interventi difensivi richiesti.

Diviene, di conseguenza, “agevole” prospettare ipotesi concrete nelle quali le complessive tre ore settimanali di colloquio visivo, o i trenta minuti di colloquio telefonico, si rivelano insufficienti – anche a metter nel conto la possibilità di libera corrispondenza epistolare («surrogato con evidenti limiti di funzionalità») – per la predisposizione di una difesa adeguata ed efficace. Ciò, tanto più a fronte del fatto che i detenuti colpiti dalla misura limitativa si identificano, “per definizione”, in soggetti imputati o condannati per delitti di spiccata gravità e sovente contemporaneamente coinvolti – come, del resto, il reclamante nel giudizio *a quo* – in un insieme di altri procedimenti penali, di cognizione ed esecutivi, notevolmente complessi⁴².

Ciò appurato, la partita si gioca essenzialmente sul secondo fronte. L'argomento “forte”, nella direzione del “salvataggio” della norma – puntualmente prospettato dall'Avvocatura dello Stato – si basa, in effetti, sul rilievo per cui la norma censurata rappresenta una soluzione di compromesso, e dunque di bilanciamento, tra le esigenze della prevenzione speciale – che possono essere pregiudicate, come le indagini giudiziarie in alcuni casi hanno accertato, dalle attività di “intermediazione” dei difensori – e la garanzia del

detenuto sarebbe stato in grado di precostituire un motivo di rinvio *sine die* del procedimento, dando costantemente la preferenza ai colloqui con l'altro o con gli altri difensori). In ogni caso, l'allegazione dell'impedimento avrebbe rischiato di accompagnare come un *refrain* l'intero corso del giudizio.

40. *Infra*, § 8, nt. 58.

41. A fronte, infatti, della modifica apportata dalla l. n. 94 del 2009 all'alinea del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit. (e segnatamente della sostituzione della locuzione potestativa «può comportare» con l'indicativo presente «prevede») le limitazioni costitutive del regime del “carcere duro” debbono essere ora applicate tutte indistintamente, senza alcuna possibile combinazione discrezionale, rimanendo all'autorità amministrativa solo un ristretto margine di apprezzamento in ordine alla quantificazione contenutistica di alcune di esse (sul punto, cfr. Corte cost., sentenza n. 190 del 2010).

42. Si è rilevato in dottrina – con notazione ripresa anche dal giudice rimettente – che il limite delle tre ore settimanali risulta ancor più penalizzante in ragione della circostanza che la sottoposizione al regime detentivo speciale comporta, di regola – proprio allo scopo di rendere più difficili i contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza – la collocazione del detenuto in istituti penitenziari collocati a grande distanza dal luogo di residenza e, correlativamente, da quello di svolgimento dei processi a suo carico e di domicilio del difensore (alla stregua dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, primo periodo, ord. penit., come novellato dalla l. n. 94 del 2009, i detenuti in questione dovrebbero essere preferibilmente ristretti in stabilimenti siti in area insulare). Tale circostanza avrebbe un effetto disincentivante i colloqui, stante la difficoltà, per qualsivoglia difensore, di riservarsi una disponibilità di tempo di tre ore a settimana per recarsi a far visita al proprio assistito (L. CALABRESE, *op. cit.*, p. 89). La Corte non si è avvalsa, peraltro, di tale argomento, al quale potrebbe obiettarsi che esso si risolve nella allegazione di un mero inconveniente di fatto.

7
L'IMPIEGO DELLE NORME DELLA
CEDU (E DELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE
DI STRASBURGO) COME CANONE
INTERPRETATIVO DELLA
COSTITUZIONE

diritto di difesa⁴³. La restrizione considerata – senza comportare una radicale negazione di quest'ultimo – concorrerebbe, infatti, a garantire la necessaria riduzione dei rapporti tra detenuti di accertata pericolosità e il mondo esterno.

Ed è proprio qui che si innesta uno dei due passaggi di spiccata originalità e dotati di “*vis expansiva*” della sentenza annotata, cui si faceva riferimento in principio. Prima ancora, però, di darne conto, giova mettere in evidenza l'altro, che traspare dall'intero tessuto motivazionale della pronuncia.

È rimarchevole, in effetti, come, pur se il parametro di costituzionalità sul quale è puntellato l'esito di accoglimento – conformemente ad una delle indicazioni del giudice *a quo* – è l'art. 24 Cost., il percorso argomentativo seguito dalla Corte si arricchisca di un dialogo costante con la giurisprudenza della Corte EDU, quasi un controcanto per verificare e vivificare la propria posizione e, a monte, l'*ethos* costituzionale che la sorregge.

Diverse pronunce della Corte di Strasburgo sono richiamate, anzitutto, per ricostruire le svariate articolazioni del *diritto di difesa*, tra le quali – nell'ambito della *difesa tecnica* – il *diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore*, rientrando tra i requisiti basilari del processo equo in una società democratica alla luce del disposto dell'art. 6, § 3, lett. c), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴⁴.

Ancora, e soprattutto, la giurisprudenza di Strasburgo è rievocata per misurare il grado di ammissibilità delle eccezioni imposte al diritto di difesa, e il limite oltre il quale ne verrebbe contaminato – intollerabilmente – il “nucleo essenziale”: in particolare, si rammenta come i giudici europei abbiano ammesso che solo *in casi eccezionali* lo Stato possa limitare i contatti confidenziali tra una persona detenuta e il suo avvocato, e come si sia sottolineato, comunque, che ogni misura limitativa debba risultare *assolutamente necessaria*⁴⁵ e non debba comunque frustrare l'effettività dell'assistenza legale alla quale il difensore è abilitato: «tale infatti è l'importanza annessa ai diritti della difesa in una società democratica» – scrive la nostra Corte rievocando ancora la posizione del giudice dei diritti dell'uomo – «che il diritto ad una assistenza legale effettiva deve essere garantito in tutte le circostanze»⁴⁶.

Ed in questa prospettiva, è quasi un monito per il giudice costituzionale l'ulteriore e conclusivo richiamo ad una pronuncia di condanna contro la Turchia per violazione dell'art. 6 CEDU in una vicenda «che presenta significative assonanze con quella in esame»⁴⁷.

Un tale percorso argomentativo – qui il dato di rilievo – evidenzia in tutta la sua fecondità l'utilizzo della Convenzione (e della giurisprudenza della Corte) EDU come fondamentale *strumento ermeneutico* della Costituzione: un utilizzo già sperimentato in altri ambiti – e confortato dalla comune sensibilità mostrata da altri tribunali costituzionali⁴⁸ –, che si iscrive nel perimetro sempre più vasto dell'interpretazione conforme,

43. In questo senso, in dottrina, P. CORVI, *op. cit.*, p. 316. Nello stesso senso anche A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo*, cit., p. 457, la quale, peraltro, esclude che il compromesso operato possa ritenersi ragionevole.

44. La Corte si limita qui a richiamare – tra le molte – le sentenze Corte EDU, 13 gennaio 2009, Rybacki contro Polonia; 9 ottobre 2008, Moiseyev contro Russia; 27 novembre 2007, Asciutto contro Italia; 27 novembre 2007, Zagaria contro Italia.

45. Al riguardo, la sentenza cita, tra le altre, le sentenze Corte EDU, 27 novembre 2007, *Asciutto contro Italia*, e 27 novembre 2007, *Zagaria contro Italia*.

46. In merito, la Corte richiama la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 2 novembre 2010, Sakhnovskiy contro Russia, secondo la quale una misura limitativa del diritto di difesa è ammissibile, appunto, solo ove assolutamente necessaria, di modo che non appena risulti sufficiente una misura meno restrittiva, va applicata quest'ultima.

47. Il richiamo è al caso Öcalan, nel quale erano stati consentiti all'imputato solo due colloqui a settimana con i propri difensori, della durata di un'ora l'uno: limitazione che i Giudici di Strasburgo – tenuto conto della complessità della vicenda giudiziaria in cui l'interessato era coinvolto – hanno ritenuto lesiva del suo diritto ad un equo processo (Corte EDU, 12 marzo 2003, *Öcalan contro Turchia*).

48. Ad esempio, nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* si afferma costantemente come l'obbligo di «interpretazione conforme al diritto internazionale» (secondo il c.d. “principio di fedeltà al diritto pubblico internazionale”, o *Völkerrechtsfreundlichkeit*) abbracci tanto le leggi ordinarie quanto la

indirizzandola anche ed anzitutto ai principi costituzionali, ben prima di un possibile richiamo delle norme convenzionali quali “parametri interposti” di legittimità.

Se ne ricava dunque una chiarificazione – ed anche, pur in filigrana, una opportuna “apposizione di termini” – sul corretto utilizzo, in seno al controllo di costituzionalità, del parametro di cui all’art. 117, primo comma, Cost.: un “rinvio mobile” di ormai riconosciuta applicazione “grandangolare”⁴⁹ e purtuttavia caratterizzato da portata *residuale* e *sussidiaria*, in forza della quale appare plausibile la sua invocazione (solo) quando non vi siano altri parametri di costituzionalità più direttamente interpellati dalla questione sottoposta all’attenzione della Consulta, e permeabili alle sollecitazioni ermeneutiche offerte – *inter alia*⁵⁰ – dalla giurisprudenza di Strasburgo sul corrispondente principio⁵¹.

Non è raro, d’altronde, che sulla cifra di tutela di uno specifico “diritto” vi sia consonanza di posizione tra la Corte EDU e la Corte costituzionale; ma anche qualora le affermazioni del giudice di Strasburgo appaiano tali da sollecitare un innalzamento del “livello di tutela” del diritto o garanzia in rilievo (e/o una restrizione o una “rigorizzazione” delle deroghe per lo stesso ammissibili) non sarà per ciò solo necessario invocare come parametro (asseritamente) violato l’art. 117, primo comma, Cost., ben potendosi, viceversa, richiamare le pronunce della Corte europea *in funzione interpretativa* del diritto riconosciuto a livello domestico per ricostruirne l’attuale fisionomia, e così significare la censura prospettata.

È proprio alla luce di questo percorso ermeneutico che l’esito interpretativo andrà verificato nella sede del consueto bilanciamento rimesso all’apprezzamento della Corte, ove si misurerà con eventuali interessi costituzionali confliggenti: sede in cui – come subito si vedrà – non possono ammettersi posizioni pregiudiziali di primazia, per lo meno non in base ad una astratta gerarchizzazione formale, dovendo piuttosto guardarsi al “peso” dei valori in gioco ed al loro concreto livello di tutela.

8

LE “COORDINATE” DEL GIUDIZIO DI “BILANCIAMENTO”

In tale bilanciamento rientrano anche – ed anzitutto – i controinteressi alla luce dei quali possono essere giustificate le deroghe ad un diritto di rango costituzionale: ed è a questo riguardo che la sentenza in commento offre, del resto, il contributo a nostro avviso più originale ed innovativo.

Come già accennato, sulla suscettibilità di deroga del diritto di difesa – pur

Legge fondamentale, obbligando dunque ad una «interpretazione convenzionalmente conforme» (*konventionskonforme Auslegung*), salvo sempre il limite del rispetto dei principi dello stesso *Grundgesetz*.

49. Una applicabilità “a tutto campo” confermata, recentemente, da Corte cost., sentenza n. 7 del 2013 (in *Giur. cost.*, 2013, con nota di M. MANTOVANI; in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 552 ss., con nota di S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*): decisione nella quale la Corte – nel dichiarare l’illegittimità costituzionale della pena accessoria consistente nella perdita della potestà genitoriale in relazione al delitto di soppressione di stato (art. 566, comma 2, c.p.), sostituendo l’automatismo legale con la valutazione giudiziale – ha ravvisato il contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost. richiamando quali norme interposte disposizioni discendenti da una Convenzione ONU (segnatamente, l’art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176), da una Convenzione del Consiglio d’Europa (in particolare, l’art. 6 della Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d’Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con l. 20 marzo 2003, n. 77), relativamente alla quale sono state ritenute «(...) neppure trascurabili le specifiche indicazioni enunciate nelle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa su una “giustizia a misura di minore”, adottate il 17 novembre 2010 (...)» [al riguardo, V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l’irragionevolezza dell’art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del parametro interposto (art. 117, primo comma, Cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2013, e in *questa Rivista*, 2013, 2, 199].

50. Il contributo ermeneutico può attingere, peraltro, ad una gamma di strumenti ben più vasta: al riguardo, è non poco significativo – ad esempio – che la Corte segnali, proprio nella decisione in commento, che «il diritto del detenuto a conferire con il difensore forma oggetto di esplicito e puntuale riconoscimento in atti sovranazionali, tra i quali la raccomandazione R(2006)2 del Consiglio d’Europa sulle “regole penitenziarie europee”, adottata dal Comitato dei Ministri l’11 gennaio 2006, che riferisce distintamente il diritto stesso tanto al condannato (regola numero 23) che all’imputato (regola numero 98)».

51. Come è stato rilevato, l’art. 117, primo comma, Cost., dovrebbe essere evocato e comunque essere “autonomamente” preso in considerazione dalla Corte costituzionale «soltanto quando la violazione addotta non sia specificamente riferibile ad altro parametro costituzionale, sia pure interpretato evolutivamente o estensivamente alla luce degli “obblighi internazionali” adottati dallo Stato»: M. RUOTOLO, *L’incidenza della CEDU sull’interpretazione costituzionale. Il “caso” dell’art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 7, secondo il quale, peraltro, «ciò non vuol dire che la Corte non debba prendere in considerazione quanto sancito nella normativa internazionale pattizia, potendo anzi questa essere richiamata a sostegno di una certa interpretazione del parametro anche quando non evocata dal remittente (o, nel caso di giudizio in via principale, dal ricorrente), come d’altra parte accadeva prima della riforma del titolo V e come talora avvenuto anche dopo la riforma».

riconosciuto «inviolabile» sulla carta (art. 24 Cost.) – la Corte aveva già avuto modo di manifestare, a più riprese, la propria posizione [ammettendo possibili restrizioni⁵² alla condizione che non compromettano l'effettività del diritto stesso⁵³]; a conferma che i diritti/interessi/valori costituzionali – salvo eccezioni molto rare – sono esposti tendenzialmente (ed incessantemente) al bilanciamento con «interessi contrapposti di pari rilevanza costituzionale»⁵⁴.

Nel caso di specie, relativo alle restrizioni che incidono sul diritto alla difesa tecnica delle persone ristrette in ambito penitenziario, tali controinteressi vengono ravvisati in istanze riconducibili alla protezione dell'*ordine pubblico* e della *sicurezza dei cittadini*, ossia in istanze che – nonostante la genericità e la scarsa «falsificabilità» – non poche volte hanno offerto il destro (anche alla Corte) per «giustificare» limitazioni a diritti e garanzie fondamentali nei più diversi contesti.

Nella decisione, tuttavia, lo spessore di tali istanze antagoniste viene ritenuto incommensurabile con il lignaggio del diritto di difesa, anche perché al sacrificio certo di questo non corrisponde – ecco il *punctum crucis* – una inequivoca salvaguardia di quelle⁵⁵.

Posto, infatti, che i colloqui con i difensori (diversamente da quelli con i familiari) restano comunque sottratti all'ascolto e alla videoregistrazione, il limite delle tre ore settimanali sarebbe suscettivo, bensì, di penalizzare la difesa, ma non sarebbe utile ad impedire, neppure parzialmente, il passaggio di informazioni tra il carcere e l'esterno: esso non inciderebbe, dunque, in modo significativo sulla possibilità che il *boss* mafioso detenuto si avvalga dell'intermediazione dei difensori per mantenere il controllo sulle attività dell'organizzazione⁵⁶. Il vantaggio sarebbe, eventualmente, solo di ordine organizzativo, consentendo una più facile «gestione» dei detenuti ad altissimo rischio: troppo poco, in definitiva, per giustificare l'operazione di bilanciamento⁵⁷.

52. Cfr., ad esempio, Corte cost., sentenza n. 376 del 1997, punto 5 del «Considerato in diritto».

53. Effettività che rappresenta il «limite invalicabile»: così, in particolare, Corte cost., sentenza n. 317 del 2009. L'assunto risponde al generale indirizzo della Corte, secondo il quale il limite assoluto dei bilanciamenti risiede nell'esigenza di preservare il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali (G. SCACCIÀ, *op. cit.*, pp. 3991 ss.). Nel caso del diritto di difesa, è appunto il canone dell'effettività a segnare tale contenuto (tra le altre, Corte cost., sentenza n. 212 del 1997, n. 220 del 1994 e n. 144 del 1992): effettività ritenuta, peraltro, compromessa nello specifico caso di cui si discute, in ragione dell'evidenziata possibilità che il rigido «tetto» quantitativo ai colloqui venga concretamente a frustrare la predisposizione di una difesa adeguata ed efficace.

54. Per inciso, e limitandoci a talune esemplificazioni in materia penale, solo a taluni principi la Corte ha riconosciuto uno statuto di inderogabilità, negando che possano essere esposti a bilanciamenti con eventuali interessi contrapposti, ancorché di rilievo costituzionale (così, ad esempio, le sentenze n. 393 e 394 del 2006, ma anche la sentenza n. 236 del 2011 con riferimento al principio di irretroattività; così pure, in relazione al principio di colpevolezza, la sentenza n. 322 del 2007); il più delle volte, le diverse garanzie sono ritenute suscettibili di deroghe «ragionevoli» (deroghe consentite – e frequenti – in relazione al principio di offensività, rispetto a presunzioni di pericolo non manifestamente irrazionali o arbitrarie, ossia rispettose dell'*id quod plerumque accidit*: sentenze n. 333 del 1991, n. 133 del 1992, n. 360 del 1995; ed ammesse altresì nei confronti del principio rieducativo, rispetto ad altre finalità che – nel singolo caso – il legislatore scelga di far prevalere, appunto «nei limiti della ragionevolezza»: sentenze n. 306 del 1993, n. 183 del 2001, n. 257 del 2006), anche se in taluni casi si precisa altresì come sia necessario che le deroghe superino un «vaglio positivo di ragionevolezza», non essendo sufficiente un mero vaglio negativo di «non manifesta irragionevolezza» (così, in particolare, nel caso delle deroghe ammissibili in relazione al principio della retroattività della *lex mitior*: ancora, sentenze n. 393 del 2006, n. 72 del 2008, n. 236 del 2011; profilo, quest'ultimo, recentemente molto discusso, ad esempio nei lavori di C. SOTIS, *Le «regole dell'incoerenza»*, Roma, 2012, pp. 81 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, in part. pp. 183 ss.; M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e diritto penale*, Torino, 2013, pp. 78 ss.; inoltre, volendo, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, pp. 155 ss., anche per ulteriori richiami bibliografici).

Nella sentenza annotata, la Corte esige espressamente il vaglio positivo di ragionevolezza anche per le limitazioni apportate al diritto di difesa in chiave di salvaguardia di interessi contrapposti, richiamando, quale precedente, la sent. n. 407 del 1993 (concernente, in specie, la previsione di limiti al diritto di prova).

55. Il rilievo in questione viene considerato «dirimente» al fine di escludere la ragionevolezza delle restrizioni di cui si discute, già peraltro minata – secondo la Corte – dal fatto che esse vanno a colpire una categoria di interlocutori del detenuto (gli avvocati), soggetta a uno «statuto» professionale-deontologico che non consentirebbe – diversamente che per i familiari o per «terzi non qualificati» – di elevare a «regola di esperienza, tradotta in enunciato normativo» il rischio che il colloquio rappresenti l'occasione per l'illecita trasmissione di messaggi tra il *boss* mafioso e i membri della cosca in libertà. È possibile cogliere qui una eco delle ricordate critiche dell'Unione delle Camere penali.

56. Per una fattispecie nella quale la Corte ha basato la decisione di accoglimento su un ragionamento similare, si veda, ad esempio, la sentenza n. 192 del 1997, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 293, comma 3, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva la facoltà per il difensore di estrarre copia, insieme all'ordinanza che ha disposto la misura cautelare, anche della richiesta del pubblico ministero e degli atti con essa presentati: ciò, sul rilievo che l'esclusione di tale facoltà integrava una limitazione del diritto di difesa senza essere funzionale ad una esigenza di riservatezza, di efficienza o di rapidità.

57. Al riguardo, varrebbe il riferimento alla giurisprudenza costituzionale secondo la quale le restrizioni che conseguono alla sottoposizione al regime detentivo speciale soggiacciono, oltre che a limiti «esterni», riferibili al divieto di limitare ulteriormente la sfera di libertà del detenuto, a limiti «interni», discendenti dal necessario collegamento funzionale tra le restrizioni disposte e le finalità di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza (Corte cost., sentenze

È proprio questa peculiare ricognizione che consente alla Corte di diffondersi in un'affermazione di indubbio rilievo, e di auspicabile fortuna, ove si precisa che la scelta normativa in esame «viene (...) a confliggere con il principio per cui, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango».

Si tratta, a ben vedere, di una regola di giudizio generale che – ben oltre le specificità del caso concreto – aspira ad entrare nel già ricco corredo argomentativo della Corte, promettendo future applicazioni; non diversamente da quanto è accaduto – ad esempio – in merito all'affermazione concernente le presunzioni assolute con cui il legislatore limiti un diritto fondamentale della persona⁵⁸.

Soprattutto, si tratta di una regola di giudizio che sembra modificare l'orizzonte di valutazione della Corte: il punto di fuga, come si vede, non è più quello del mero bilanciamento formale e astratto, ma – come pare – quello diverso e più luminoso dell'«innalzamento del livello di tutela» dei diritti fondamentali⁵⁹, peraltro aperto a quel circolo virtuoso – ed alla *cross-fertilization* – che va alimentandosi nel *network* multilivello⁶⁰.

Lungi dall'arrestarsi ad una topografia formale degli «interessi» in conflitto⁶¹ o alla verifica della presenza (o dell'assenza) di controinteressi astrattamente deducibili in sede di bilanciamento⁶², la Corte sembra infatti riservarsi una indagine sostanziale ed orientata all'effettività della tutela, dove la compressione di un diritto può trovare giustificazione se – e solo se – ad essa corrisponda un *surplus* di garanzia per un controvalore

n. 376 del 1997 e n. 351 del 1996, ordinanza n. 417 del 2004).

58. Al riguardo la Corte – «mettendo a sistema» affermazioni già emerse in precedenti traccati giurisprudenziali – ha a più riprese affermato il principio in base al quale «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*», chiarendo ulteriormente – come più puntuale «regola di giudizio» – che l'irragionevolezza di una presunzione assoluta si può cogliere «tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa» (così, *ex plurimis*, la sentenza n. 139 del 2010, relativa alle preclusioni di accesso al patrocinio a spese dell'Erario), regola poi richiamata in diversi ambiti (ad esempio, e solo per citare talune recenti applicazioni, relativamente all'affermata irragionevolezza della presunzione «assoluta» di adeguatezza della sola misura della custodia cautelare per taluni reati, le sentenze n. 265 del 2010, in materia di reati sessuali; n. 164 del 2011, in tema di omicidio volontario; n. 231 del 2011, concernente l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti; la sentenza n. 331 del 2011, relativa alle figure di favoreggiamento dell'immigrazione illegale; altresì, sentenza n. 110 del 2012, concernente l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei reati in materia di contraffazione di marchi o altri segni distintivi e di importazione o detenzione a fini di commercio delle cose recanti i segni contraffatti; nonché, da ultimo, la sentenza n. 57 del 2013, sulla quale si rinvia – anche per ulteriori riferimenti – a G. LEO, *Illegittima la previsione della custodia «obbligatoria» in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*, in *Dir. pen. cont.*, 7 aprile 2013).

59. È un approccio «culturale» che – focalizzando l'attenzione su profili contenutistici relativi al concreto *standard* di tutela degli interessi in conflitto – riecheggia, in qualche modo, affermazioni svolte in diverse decisioni, tra le quali campeggia la sentenza n. 317 del 2009, pur relativa ad una vicenda più direttamente concernente il dialogo tra Corte costituzionale e Corte europea.

Come noto, in tale pronuncia – muovendo appunto dal confronto tra Costituzione e CEDU, ma con una argomentazione suscettibile di valenza più generale, il cui *ethos* sembra ispirare anche la decisione in commento – si affermò che «con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa (...), precisando ancora – in termini persino più efficaci e vibranti – che «(...) il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla *massima espansione delle garanzie*, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti».

Si evidenziò così, in definitiva, che il punto di equilibrio della composizione sistemica tra Costituzione e CEDU – ed il presupposto della cedevolezza dell'ordinamento «interno» – consiste nel fatto che l'ingresso della fonte esterna non implichi una «dequotazione» del diritto costituzionale, ma faccia derivare – al contrario – «un *plus* di tutela per tutto il sistema [nazionale] dei diritti fondamentali» (un profilo autorevolmente sottolineato, di recente, da F. GALLO, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, Relazione presentata all'incontro di Bruxelles, 24 maggio 2012, pp. 20 ss. del dattiloscritto, in www.cortecostituzionale.it, segnalando come nel richiedere tale «*plus* di tutela» «la Corte costituzionale si dispone perciò a un confronto aperto con le giurisprudenze comunitaria e internazionali, non ripiegandosi su logiche nazionalistiche, ma riconfermando la disponibilità a superare lo stesso principio di sovranità della Costituzione politica quando ciò valga ad ampliare la tutela dei diritti della persona»).

60. Sul punto, volendo, V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palinogenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, pp. 839 ss.

61. Una prospettiva in cui sembra iscriversi – nonostante le preziose affermazioni e l'esito a cui giunse – anche la sentenza n. 212 del 1997, più volte citata, con la quale la Corte ha ritenuto la subordinazione del colloquio con il difensore all'autorizzazione discrezionale del direttore del carcere incompatibile con il diritto di difesa, dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 18 l. n. 354 del 1975.

62. In effetti, se ci si fosse arrestati ad una prospettiva formale la questione avrebbe potuto essere dichiarata infondata, come del resto richiedeva, nel suo intervento, la difesa erariale, sottolineando come le limitazioni dei colloqui con i difensori previste dalla norma censurata, essendo preordinate a ridurre le occasioni di contatto tra i detenuti di accertata pericolosità e il mondo esterno, costituissero il risultato di un corretto bilanciamento tra l'esigenza di tutelare adeguatamente il diritto di difesa e quella, di pari rilevanza costituzionale, di proteggere l'ordine giuridico e la sicurezza dei cittadini.

assiologicamente preordinato o comunque omogeneo, in un vaglio che non ammette alcun saldo negativo, né – viene da pensare – posizioni di pregiudiziale preminenza di una Carta (o di una Corte) sull'altra⁶³.

Certo una simile ponderazione potrebbe apparire estremamente delicata, e persino eccessiva, ove essa implichi il passaggio da una valutazione esterna al “peso” dei diritti in gioco ad una “valutazione intrinseca” sulle singole istanze costituzionali volta a volta sottese alle scelte legislative; così paventando il rischio, in qualche modo, di aprire la breccia ad un sindacato di *merito* sulle stesse.

Forse è per questo che la Corte stessa, sul punto, si premura di fissare i confini del proprio margine di apprezzamento, sottolineando come la mancata corrispondenza tra la “compressione” di un diritto e il “paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse” debba apparire “*prima facie*” percepibile: richiedendo dunque (ed arrestando il proprio vaglio ad) uno scarto “evidente”, che in definitiva sembra rievocare un criterio di giudizio assimilabile a quello su cui è declinato il vaglio di «manifesta arbitrarietà» o di «manifesta irragionevolezza», ossia i consueti argini che segnano – non solo nel sindacato sulle opzioni legislative in materia penale – il limite della “*political question*” (art. 28 l. n. 87 del 1953).

Ma lo sfondo sembra chiaro, e nitidamente tracciato: è quello della Costituzione come “sistema” aperto e “parziale”, dove l'ordine formale e astratto cede alle urgenze assiologico-sostanziali e si arricchisce costantemente del contributo ermeneutico delle Corti sovranazionali⁶⁴, in un dinamismo volto alla concreta effettività così come alla più intensa affermazione dei diritti.

63. Ne può risultare, del resto, anche la prevalenza di un livello di tutela di derivazione sovranazionale su quello domestico, perché – come è stato rilevato a margine del dialogo tra Corte costituzionale e CEDU – deve mettersi in conto «che la Convenzione possa affermarsi persino a discapito della Costituzione, portandosi più avanti di quest'ultima lungo la via della salvaguardia dei diritti»: in questi termini, A. RUGGERI, *Costituzione e CEDU: alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”*, in www.giurcost.org (su questa traccia sviluppando ulteriori graffianti critiche alla pregiudiziale qualifica della CEDU come fonte “sub-costituzionale”), ossia l'Autore che di recente più ha insistito sulla dimensione assiologico-sostanziale come l'unica davvero idonea a cogliere le relazioni interordinamentali, e – più in generale – a ricostruire la Costituzione come “sistema” (cfr. anche, ad es., ID., *L'“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno in vista dell'affermazione della Costituzione come “sistema”*, *ivi*, 2013, pp. 7 ss.; ID., *CEDU, diritto “europolitano” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, *ivi*, 2013, pp. 8 ss., ed in molti altri lavori).

64. Si rinvia, ancora, alle ricche riflessioni di A. RUGGERI, *CEDU, diritto “europolitano” e diritto interno*, cit., pp. 11 ss., specie per l'«idea di una “Costituzione-parziale”, che al fine di vedere colmate le proprie lacune di costruzione si dispone a farsi fecondare dalle altre Carte, laddove si dimostrino ancor più attrezzate a venire incontro alle istanze suddette» (ove peraltro l'A. rileva già diverse tracce della accennata dimensione assiologico-sostanziale in diverse pronunce della Corte, tra le quali, oltre alla già menzionata sentenza n. 317 del 2009, le sentenze n. 113 e n. 245 del 2011).